

APA: Visintini, G. (2020). Del derecho a la privacidad a la protección de los datos personales. En O. Woolcot & D. F. Monje-Mayorca (Eds.). *Vicisitudes del derecho a la privacidad (privacy). Cuestiones sobre el tratamiento de datos personales y la responsabilidad civil* (pp. 23-42). Editorial Universidad Católica de Colombia. <https://doi.org/10.14718/9789585133273.2020.1>

Chicago: Visintini, Giovanna, "Del derecho a la privacidad a la protección de los datos personales". En *Vicisitudes del derecho a la privacidad (privacy). Cuestiones sobre el tratamiento de datos personales y la responsabilidad civil* editado por Olenka Woolcott Oyague y Diego Fernando Monje Mayorca, 23-42. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia. doi: 10.14718/9789585133273.2020.1

DEL DERECHO A LA PRIVACIDAD A LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES

Giovanna Visintini*

1

Preliminares. Evolución histórica del derecho a la privacidad

El capítulo intenta explicar el paso de los precedentes judiciales a la ley o, mejor, al Código de la Privacidad que está vigente en el derecho italiano.

En Italia, el derecho a la privacidad nace históricamente vinculado al derecho a la imagen, que se encuentra regulado actualmente por el Artículo 10 del Código Civil de 1942, aún vigente.

Es interesante recordar el caso que dio origen al debate sobre la configuración de este derecho a la personalidad y al reconocimiento legislativo del mismo. La tutela de la imagen fue regulada, por primera vez, mediante una ley de 1907 en Alemania, como respuesta al clamor suscitado por el comportamiento de dos fotógrafos que habían capturado al canciller Bismark en su lecho de muerte, contra la voluntad de sus parientes.

La ley citada mostró adhesión al planteamiento seguido por la mayoría de los juristas de la época y, por lo tanto, al encuadramiento dogmático del derecho a la imagen, entre los derechos de la personalidad, como un derecho absoluto, diferente del derecho al honor.

* Profesora emérita de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Génova. Traducción a cargo de César E. Moreno More, candidato a la Maestría con mención en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, asistente de docencia en la misma casa de estudios.

Más adelante, el modelo expresado en la ley alemana pasó a una Ley especial del Estado italiano de 1925 y luego fue reproducido en el Artículo 10 del Código Civil de ese país.

De este precedente histórico también podemos deducir la *ratio* del reconocimiento legislativo: el gran hombre político, el canciller Bismark, estaba muriendo y sus familiares estaban a su lado para asegurar la trascendencia de su fama; ellos deseaban comunicar a la posteridad una imagen digna y coherente con las obras desarrolladas en vida por su pariente y no deteriorada por la enfermedad. He aquí la indiscreción cometida por los fotógrafos y, con ella, la violación de este sentimiento de los familiares del gran hombre político, quienes deseaban que fuera recordado por las imágenes que había dado de sí mismo en vida y que fuera mantenido en reserva el momento y la modalidad de su muerte, sentimiento digno del máximo respeto y, por lo tanto, también de tutela jurídica.

En efecto, tanto el Artículo 10 Código Civil como el Artículo 97 de la Ley sobre el derecho de autor, de la misma época del Código Civil, es decir, del año 1942, afirman explícitamente que lo que se trata de prohibir, en términos de abuso de la imagen, no solo es la reproducción de la imagen de una persona, capaz de perjudicar el respeto o el honor, sino más bien su difusión sin el consentimiento de la persona retratada.

Es este un aspecto importante de la tutela civil del derecho a la imagen y, por lo tanto, no es absorbido por el derecho al honor, pues se diferencia y se especifica como derecho al no conocimiento ajeno de la propia imagen, con base en que la reproducción arbitraria de la imagen, sin el consentimiento de la persona, puede ofender un sentimiento particular y violar la esfera de su privacidad.

Parte de la doctrina y de la jurisprudencia han argumentado la construcción de la existencia de un derecho general a la privacidad, a partir de la regulación sobre la imagen. Por largo tiempo se ha encontrado que la normativa prohíbe el abuso de la imagen, lo cual es fundamento textual de un derecho general a la privacidad, dada la técnica interpretativa por analogía. Por lo tanto, la normativa sobre la imagen ha sido invocada incluso más allá de su campo de aplicación, es decir, el estrictamente técnico de la tutela del retrato y de las facetas físicas de la persona, y ha ofrecido argumentos al juez para la creación de un derecho más general: el derecho a la reserva de la imagen en sentido social, si así se puede decir, o el derecho a la protección contra las indiscreciones que se desarrollan

con la divulgación de noticias concernientes a la vida íntima de las personas o, mejor, que las personas desean mantener en la esfera privada y sustraerlas al conocimiento por parte de otros. Ya que dicha evolución ha ocurrido por obra de la interpretación judicial y no por la ley, se ha tratado, por vía de la creación jurisprudencial, de una nueva figura de derecho subjetivo que se ha adicionado a los otros derechos mencionados expresamente por la ley (el derecho al nombre, a la imagen, al honor, etc.).

Por otra parte, toda vez que se lamenta la arbitraria difusión de la propia imagen en sentido físico —comúnmente, una fotografía— ello ocurre casi siempre en el contexto de noticias o indiscreciones publicadas sobre la propia vida privada. De modo que, al accionar las normas sobre la imagen, se solicita también la protección de la propia persona en el sentido más global posible. Cuando se actúa contra el abuso de la propia imagen, se solicita también la tutela contra interferencias en la vida privada por ataques a la privacidad y a la personalidad del sujeto. Asimismo, la protección de la privacidad se presenta en cortos períodos, en los cuales la persona prescinde de una vinculación de su imagen, es decir, el deseo de no ver divulgadas noticias sobre su vida privada. Tal situación no era objeto de tutela, según los Artículos 2043 y siguientes del Código Civil italiano, en referencia con los hechos ilícitos.

Solo con el caso Soraya Esfadiari, la tutela aquiliana de la privacidad como derecho autónomo hizo su ingreso en el ordenamiento italiano en el año 1975. Este caso ofreció la ocasión a la Corte Suprema de Casación italiana para poner punto final al debate sobre el fundamento positivo del derecho a la privacidad y sobre el significado de la privacidad en relación con los otros derechos de la persona legislativamente previstos: a la imagen, al honor y a la reputación.¹³

Con esta sentencia, el derecho a la privacidad se convirtió en un derecho autónomo, que consiste en la pretensión de las personas a ser tuteladas contra la indiscreción, incluso fuera de los casos de tutela de la privacidad expresamente previstos por las leyes (por ejemplo, el art. 10, CC italiano, que prohíbe la divulgación de la imagen en sentido físico; art. 14, CP italiana, que garantiza la inviolabilidad del domicilio; art. 15, CP, relativo a la inviolabilidad de la correspondencia; art. 93, L. 633/1941, concerniente a la privacidad de la correspondencia; art. 6, L.

¹³ Puede verse Italia, Corte de Casación, Civil, *Sentencia 2129, del 27 de mayo de 1975*.

339/1958, que prescribe el deber del trabajador doméstico de mantener la necesaria privacidad para todo cuanto se refiera a la vida familiar, art. 8, L. 300/1970 —Estatuto de los trabajadores—, prohíbe las investigaciones personales sobre las opiniones del trabajador y de otras personas).

En esta sentencia, la Corte de Casación reconoció que una tutela del derecho a la privacidad, más amplia que la circunscrita a las previsiones específicas, no entraba en contradicción con los principios constitucionales y más bien encontraba referencia y desarrollo también en las convenciones europeas y en las resoluciones de la Asamblea del Consejo Europeo.¹⁴

Hasta aquí, el derecho a la privacidad era, como he dicho, una creación de los jueces y se ha tenido que llegar al año 1996 para verlo recepcionado por el Legislador (hoy existe un código sobre la privacidad, que data del año 2003, pero en este confluye, con pocas variaciones, la primera ley que ha intervenido para tutelar la privacidad del tratamiento incorrecto de los datos personales y que se remonta a 1996). El Legislador, como se puede leer en el Artículo 2 del Código de la Privacidad, titulado “Código en materia de protección de los datos personales”, ha tenido en consideración también otra tendencia jurisprudencial que se formó en los años precedentes como resultado de algunos casos famosos, precisamente la que ha elaborado el derecho a la identidad personal. Tales casos se remontan a la década del setenta, cuando la divulgación de las informaciones sobre las vicisitudes personales asumió una dimensión más imponente a causa de las nuevas técnicas de elaboración de los datos y por el aumento de los poderes de los medios de comunicación.

Se trata de los casos que se mencionan a continuación:

- Caso Pannella, de 1974.
- Caso Veronesi, de 1980.
- Caso cultivadores directos, de 1978.

El primero indica un paso de la tutela del honor, de tipo penal, a la tutela de la reputación y del estilo de hombre político, mediante la interpretación extensiva del derecho al nombre. Pannella lamentaba que su coherencia y credibilidad de

¹⁴ En la motivación de la sentencia citada en el texto es recordado el contenido de los artículos referidos a la privacidad por parte de la Convención Europea, firmada en Roma el 4 de noviembre de 1950 y ejecutada con la Ley 848 del 4 de agosto, art. 8; y de la Resolución 428 de 1970 de la Asamblea del Consejo Europeo. En estas disposiciones se confirma que todo sujeto tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia, y que el derecho al respeto de la vida privada debe ser tutelado tanto contra la injerencia de los poderes públicos como contra los poderes de los particulares, comprendidos los medios de comunicación masivos.

hombre político hubieran sido lesionadas por un manifiesto que le atribuía una militancia en un movimiento político dirigido por Randolfo Pacciardi, muy diferente del Partido Radical. Los jueces reconocieron tutela al derecho a la identidad personal de Pannella y marcaron un cambio respecto al pasado, en el que los individuos políticos recibían tutela por parte de los jueces solo frente a acusaciones infundadas de corrupción o malversación, o sea, solo sobre el terreno del honor, de tipo penal, y en presencia de un delito. Por primera vez se habla de un derecho a la identidad personal cuando se asiste a una evolución y extensión de la tutela aquiliana de la reputación en sede civil, emancipada de la dependencia penal.

En el segundo caso, el de Veronesi, los jueces recurrieron a esta nueva figura de derecho subjetivo. Veronesi, en su calidad de director del Instituto nacional para el estudio y la cura de los tumores, había publicado una entrevista sobre la nocividad del humo para la salud y precisó que, para ciertos tipos de cigarros, más pobres en nicotina y alquitrán, el riesgo se reducía proporcionalmente. Más adelante, el productor de la marca de cigarros, Milde Sorte, organizó una campaña publicitaria que utilizaba en los mensajes el nombre del profesor Veronesi y la opinión expresada por él, con el fin de sostener la menor peligrosidad de los cigarros Milde Sorte. Como resultado del proceso iniciado por el Instituto y por el profesor Veronesi, los jueces reconocieron que: “[...] el uso del nombre ajeno es indebido, no sólo en el caso de usurpación, sino también cuando se falsea la representación externa de la personalidad del titular del nombre”.¹⁵

La Corte de Casación italiana, que cierra la vicisitud, afirmó luego que el derecho a la identidad personal encontraba su fundamento en el Artículo 2 de la Constitución y era deducible, por analogía, del régimen previsto por el derecho al nombre.

En este caso también se siguió el camino de la interpretación analógica del Artículo 7 del Código Civil para deducir la existencia de un derecho subjetivo a la identidad personal y se optó por una interpretación del Artículo 2 constitucional como una “cláusula abierta y general de tutela del libre e integral desarrollo de la personalidad humana, e idónea, como consecuencia, para abrazar en su ámbito nuevos intereses emergentes de la persona humana, en tanto esenciales”.¹⁶

¹⁵ Italia, Tribunal de Milán, *Sentencia del 19 de junio de 1980*.

¹⁶ Puede verse la sentencia citada en la nota precedente en motivación.

En el tercer caso, el de los cultivadores directos, se utilizó el mismo instrumento conceptual mediante la interpretación extensiva del régimen jurídico sobre el abuso de la imagen fuera del escenario para el cual ha sido obtenido el consenso para la divulgación. En el evento específico, un hombre y una mujer habían aceptado tomarse fotografías en el contexto de un manifiesto de la Asociación de los cultivadores directos y luego su fotografía había sido reproducida en un manifiesto contra el divorcio, con la frase: “Para defender la familia, los cultivadores votarán en contra del divorcio”. Ambos no estaban casados y ni siquiera eran cultivadores directos; además, estaban a favor del divorcio, de modo que los jueces concedieron tutela (inhibitoria y difusión de un comunicado impreso de rectificación) contra el uso de la imagen idónea a atribuir una posición ideológica no correspondiente a la verdad.

El caso de los cultivadores directos, más que los otros dos que he mencionado, preparó el camino para el reconocimiento legislativo del derecho subjetivo del interés a no ver tergiversada su propia personalidad.

Del derecho a la identidad personal a la protección de los datos personales

Con base en los precedentes judiciales que he recordado y la doctrina de derecho civil que los ha enfatizado,¹⁷ el derecho a la identidad personal ha sido recepcionado legislativamente, primero por la Ley 675 del 31 de diciembre de 1996, denominada “Tutela de las personas y de otros sujetos respecto al tratamiento de los datos personales” y luego por el Decreto Legislativo 196 del 30 de junio de 2003, titulado “Código en materia de protección de los datos personales”.

En el Artículo 2 de dicho régimen jurídico, entre las finalidades perseguidas por la Ley se afirma que se trata de garantizar el respeto de la identidad personal, así como de los otros derechos y las libertades fundamentales, de la dignidad y de la privacidad de las personas.

A mi parecer, es evidente que, en el contexto de la legislación sobre el tratamiento de datos personales, la expresión “identidad personal” en el ámbito de la tutela legislativa es útil para comprender los datos personales que hacen posible la identificación de la persona, como el nombre, la imagen, el domicilio, y ya no

¹⁷ A partir de un encuentro de estudios desarrollado en Génova en el año 1980. Guido Alpa, Mario Bessone y Luca Boneschi, eds., *Il diritto all'identità personale* (Padua: Cedam, 1981), 224-225.

con referencia a la reputación y a la privacidad, intereses que son mencionados de manera autónoma.

En conclusión, el derecho a la identidad personal se adiciona al derecho al nombre y al derecho a la imagen como signo distintivo de la persona.

El enorme desarrollo de las computadoras y de los programas aplicativos permite tanto agregar y desagregar datos personales de manera tal que no solo se viola la privacidad de los individuos de modo mucho más grave respecto al pasado, como describir los datos de manera errónea y por lo tanto distorsionan y lesionan el interés del sujeto a ser conocido en correspondencia con la verdad.¹⁸

En el ámbito de las colecciones de los datos personales que pueden llegar a las organizaciones de los bancos, de los hospitales, de las secretarías de los centros educativos y de los ministerios, pueden verificarse algunos daños a causa de incorrecciones en el uso de las computadoras, consistentes, por ejemplo, en la introducción de datos erróneos, en la omisión de introducción de datos o en la divulgación de noticias concernientes a datos personales por uso diferente de aquel para el cual ha sido almacenado en el ordenador.

El problema es defender la privacidad (y, además, el interés a que la propia situación personal sea representada fielmente) de categorías completas de personas ante estos posibles atentados tecnológicos y por eso es un problema de relevancia masiva. Desde esta óptica, se esperaba una intervención legislativa para equiparar el ordenamiento italiano a los otros de la Unión Europea.

Cabe llamar la atención sobre el artículo que enuncia las finalidades de la Ley 675:

El presente texto único garantiza que el tratamiento de los datos personales se desarrolle en el respeto de los derechos y de las libertades fundamentales, y también de la dignidad del interesado, con especial referencia a la privacidad, a la identidad personal y al derecho a la protección de los datos personales.¹⁹

Es interesante notar que la fórmula general presentada en el Preámbulo de la ley contiene una referencia expresa, a la privacidad y a la identidad personal, además de los derechos fundamentales. Se trata de la primera vez que se menciona legislativamente la “identidad personal” como objeto de derecho a tutelar,

¹⁸ Puede verse Mario Losano, *Il diritto pubblico dell'informatica* (Milán: Giuffrè, 1986), 28 y ss.

¹⁹ Italia, Parlamento de la República, Ley 675 de 1996 (Roma: *Normattiva Parlamento Italiano*, núm. 7, 31 de diciembre de 1996), art. 2.

con clara referencia, los datos personales que hacen posible la identificación de la persona y no la reputación de la misma, porque en la fórmula está contenida autónomamente la mención de la dignidad de las personas. Además, también es la primera vez que, en un ámbito tan vasto del régimen jurídico que busca asegurar la tutela contra las indiscreciones en la esfera privada en forma de atentado tecnológico, es mencionado expresamente el derecho a la privacidad, como interés de las personas, a ser tutelado contra los potenciales daños por usos incorrectos de un banco de datos.

Entonces, una noción unitaria de privacidad, entendida en el sentido más global posible y no tanto en alusión a específicas lesiones, emerge de la ley bajo análisis. Se debe remarcar la mención del “derecho a la protección de datos personales”.

La doctrina italiana ha descrito muy bien la nueva acepción de la vida privada como resultado de la revolución informática,²⁰ también con base en las importantísimas contribuciones de Rodotà, exgarante de la privacidad, en el sentido de que tal derecho parece hoy orientado a caracterizarse como poder de control sobre la circulación de las informaciones personales, en lugar de serlo como mero “derecho a ser dejado en paz”, para usar una famosa expresión que intitulaba un escrito de Pietro Rescigno,²¹ o como interés al aislamiento. Ello porque hoy es importante defender al ciudadano del abuso de vigilancia que constituye un riesgo, que cada vez se acentúa más, de la sociedad informatizada, donde todo ciudadano es archivado electrónicamente de manera entrecruzada por medio de los diversos bancos de datos del fisco, de las empresas y de las asociaciones a las que está relacionado.

Todavía es más clara esta evolución del concepto de la *privacy* o privacidad en el Código citado cuando se delinea como un derecho autónomo, muy diferente de los tradicionales derechos de la personalidad y de derivación comunitaria (art. 8, Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea), como expresión de una tutela dinámica de la persona, porque se concreta en poderes de intervención

²⁰ Pueden verse Sergio Niger, *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali* (Padua: Cedam, 2006), 77; Alessandra Pinori, *La protezione dei dati personali. Guida alla lettura delle fonti* (Milán: Giuffrè, 2004), 150; *La tutela della persona nella società dell'informazione* (Toscolano: Scientifiche Italiane, 2013), 44.

²¹ Pietro Rescigno, *Synteleia*. Vincenzo Arangio Ruiz (Nápoles: Jovene, 1964), 25.

sobre la circulación de los datos personales; tales poderes son confiados no solo a los interesados directos, sino también a una autoridad independiente, para cuya descripción remito a la doctrina citada.

En efecto, los medios de defensa no pueden consistir solo en el recurso a la responsabilidad civil, incluso si, de hecho, no se subestima la función desincentivadora que puede tener la sanción pecuniaria por resarcimiento de daños a la persona, consecuente a la lesión de los derechos expresamente mencionados en el Código de la Privacidad italiano.

Para este propósito, el Artículo 15 del Código dispone que la responsabilidad por daños provocados por efecto del tratamiento de los datos personales está sometida al régimen del Artículo 2050 del Código Civil, que indica una elección legislativa de un tipo de responsabilidad objetiva. En otras palabras, el damnificado no debe probar un comportamiento incorrecto en el tratamiento de los datos (la culpa) ni debe identificar al sujeto del ilícito. Además de este, según el tenor del Artículo 2050, la prueba liberatoria a cargo del responsable del ilícito implica que se demuestre haber adoptado todas las medidas abstractamente posibles e idóneas para evitar el daño, prueba muy rigurosa que en las aplicaciones concretas se resuelve en la demostración de un hecho extraño al responsable como causa exclusiva del daño.

No existe todavía una rica casuística: entre los casos a indicar está el de la molestia perpetrada mediante llamadas telefónicas,²² el de la difusión sobre un diario de la dirección del domicilio de un magistrado en un artículo ofensivo de la dignidad del interesado²³ y también el del médico que comunica informaciones sobre la salud psíquica de un paciente a personas extrañas, sin el consentimiento del interesado.²⁴

Se puede pensar también en los motores de investigación en línea. Merece ser mencionado el primer caso Google que resolvió la Corte de Justicia europea mediante Sentencia de 13 de mayo de 2014, en la cual se afirma el derecho de los ciudadanos europeos a solicitar la eliminación de datos que lesionan la privacidad

²² Italia, Corte Suprema de Casación, *Casación Penal, Sección III, Sentencia núm. 28680, del 3 de marzo de 2004.*

²³ Italia, Tribunal de Milán, I Civil, *Sentencia 8037, del 13 de abril de 2000.*

²⁴ Italia, Tribunal de Milán, Sección 10, Civil, *Sentencia 11369, del 8 de agosto de 2003.*

cuando no sean relevantes. El ciudadano español que promovió la causa lamentó que Google reportara una noticia concerniente a la subasta de su casa por razones de dificultad económica, lo que había acontecido dieciséis años atrás, pero se tenía acceso a la noticia con la digitación de su nombre en el momento actual, cuando sus problemas económicos se habían resuelto.²⁵

En lo que respecta al tipo de responsabilidad, la opción legislativa ha sido la de remitir al régimen previsto en el Artículo 2050 del Código Civil, elección que va interpretada en el sentido de que la responsabilidad por daños provocados por efecto del tratamiento de datos personales es una responsabilidad de naturaleza objetiva que prescinde de la prueba de la culpa del sujeto responsable. Es decir, el dañado no debe aportar la prueba de un comportamiento incorrecto atinente al tratamiento de sus datos personales ni identificar al sujeto autor del ilícito.

La remisión al Artículo 2050 comporta, además, la aplicación del régimen de la prueba liberatoria que prevé dicha norma, o sea, aquel que requiere la demostración de haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño.

Las primeras aplicaciones de esta normativa se orientaron hacia una interpretación rígida del Artículo 2050 y, por tanto, a no considerar lograda la prueba liberatoria por parte del responsable del daño si no resulta probada su total extrañeza con la conducta que generó el daño.²⁶

Las cosas, a mi juicio, no cambian mucho con la entrada en vigor del Reglamento de la Unión Europea del 27 de abril de 2016, donde, a propósito de la prueba liberatoria a cargo del titular del tratamiento o del responsable, se alcanza una notoria semejanza, que está en aumento en el mundo comunitario, sobre los peligros ínsitos en una escasa vigilancia en la divulgación de los datos personales. La fórmula que se lee en el Artículo 82 prevé: “El titular del tratamiento o el responsable del tratamiento está exonerado de la responsabilidad, según el párrafo segundo, si demuestra que el evento dañoso no le era de algún modo imputable”.²⁷ De un lado, se debe afirmar que el mencionado Artículo 15 tiene

²⁵ Puede verse Giorgio Resta y Vincenzo Zeno-Zencovich, *Il diritto all'oblio su internet dopo la sentenza Google Spain* (Roma: Romatre Press, 2015), 33-34.

²⁶ Puede verse Italia, Corte Suprema de Casación, Civil, Sección VI, Sentencia núm. 18812, del 8 de septiembre de 2014; Civil, Sección I, Sentencia núm. 17547, del 3 de septiembre de 2015.

²⁷ Para un primer comentario, puede verse Giusella Finocchiaro, *Il nuovo regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali* (Bologna: Zanichelli, 2017), 20; “Introduzione al Regolamento europeo sulla protezione dei dati”, *Le nuove leggi civili commentate*, núm. 1 (2017): 18, <https://dialnet.unirioja.es/>

una esfera de aplicación más amplia que la prevista por el Reglamento europeo y, por tanto, no se puede señalar que ha desaparecido del ordenamiento italiano, en cuanto el reglamento europeo alude al tratamiento de los datos personales efectuado por las instituciones, por los entes y por las empresas que operan en la Unión y no se refiere al tratamiento efectuado por personas físicas fuera de una conexión con una actividad comercial o profesional, de acuerdo con lo señalado en el Considerando 18 del propio Reglamento. Pero, sobre todo, la norma del Artículo 82 del citado Reglamento, que supone una cualificación en términos contractuales (o, más bien, de incumplimiento de los deberes allí previstos) de la responsabilidad del profesional que no ejecuta exactamente la prestación debida al interesado, introduce una responsabilidad objetiva, que se funda *tout court* en el hecho objetivo de la violación de los deberes de protección de los datos personales a cargo del titular del tratamiento. Figura la misma inversión de la carga probatoria, relativa a la causa extraña que ha impedido la ejecución correcta de la prestación, como es la que prevé el Artículo 2050 del Código Civil italiano. Se trata claramente de una prueba que tiene como objeto una causa del todo extraña a la esfera de control del titular.

Evolución del derecho al honor y a la reputación en la jurisprudencia civil²⁸

En la experiencia italiana, desde el punto de vista legislativo, la tutela aquiliana del honor y de la reputación es confiada solo parcialmente a normas de derecho civil como el Artículo 10 del Código Civil; el Artículo 2577, párrafo 2, del Código Civil; Artículo 20 de la Ley 633 del 22 de abril de 1941, sobre el derecho de autor, y todavía hoy es confiada al sistema de las reglas de derecho penal, en los Artículos 394 y 595 del Código Penal.

Como ya sabemos, el Artículo 185, párrafo 2, del Código Penal dispone que todo delito que haya causado un daño patrimonial o no patrimonial obliga al culpable al resarcimiento, de conformidad con las leyes civiles y, por lo tanto,

ejemplar/458480 (acceso abril 15, 2020); Giulio Ramaccioni, *La protezione dei dati personali e il danno non patrimoniale* (Nápoles: Jovene, 2017), 98; Vincenzo Cuffaro, "Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali", *Contratto e impresa* 34, núm. 3 (2018): 27, <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/502784> (acceso abril 15, 2020); Italia, Parlamento de la República, Ley General, "Por la cual se aprueba el Código Civil de Italia" (Turín: *Gazzetta Ufficiale* núm. 79, 4 de abril de 1942), art. 82, par. 3.

²⁸ Giovanna Visintini, *Trattato breve della responsabilità civile*, 3a ed. (Padua: Cedam, 2005), 13.

el ámbito de aplicación de la tutela civil dependía de las normas penales citadas, con el resultado de que el resarcimiento del daño era otorgado en presencia de los presupuestos requeridos por la ley penal para la punibilidad y porque, entre estos presupuestos, se encontraba el dolo: solo en presencia de una difamación dolosa se hacía operativa también la tutela civil.

Desde hace algún tiempo las cosas han cambiado, pues se ha asistido, en determinada medida, a una emancipación del sistema de la responsabilidad civil de la originaria dependencia del derecho penal.²⁹

La principales novedades que caracterizan este paso de la competencia originaria del derecho penal a una autónoma tutela civil están referidas, en primer lugar, a la reconstrucción de un ilícito civil meramente culposos y, dentro de poco, veremos respecto a qué ámbito y, en segundo lugar, a la evolución de la jurisprudencia civil dirigida a desvincular la tutela civil del concepto de honor de tipo penal, con el fin de extender esta tutela a lesiones de la reputación *latu sensu* política, económica, profesional y no solo moral.

En otros términos, cuando en el lenguaje de los penalistas el bien que es tutelado principalmente es el honor en sentido formal, es decir, el honor que corresponde originariamente a cada quien, los jueces civiles contraponen a este el honor en sentido real, que coincide con los méritos y el prestigio que una persona ha sabido adquirir concretamente dentro de la sociedad en la cual vive, para la actividad y las funciones que ella desarrolla.

En tercer lugar, la tutela contra la difamación en las grandes tendencias concernientes al ilícito civil también tiende a ser otorgada a sujetos distintos de las personas físicas y no solo a las personas jurídicas, sino también a entes de hecho portadores de ideologías políticas, como los partidos políticos. También en este tercer aspecto se confirma una nueva dimensión del concepto de reputación.

Otras reglas jurisprudenciales son elaboradas para equilibrar los intereses en conflicto en relación, por ejemplo, con la libertad de imprenta y aquí se asiste a una creación jurisprudencial de las causas de justificación de la difamación culposa que, en alguna medida, se distancia de la orientación penal. En efecto, se identifican tendencias interpretativas extensivas de la *exceptio veritatis*, que es prevista en el Artículo 596, párrafo 3, del Código Penal.³⁰

²⁹ Sobre la evolución histórica que ha llevado a la absorción por parte del derecho penal de la tutela del honor, Vincenzo Zeno Zencovich, *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile* (Nápoles: Jovene, 1985), 51.

³⁰ Visintini, *Trattato breve*, 617 y ss.

El caso paradigmático de la creación jurisprudencial de una difamación culposa como ilícito civil se remonta a una sentencia de la Corte de Casación italiana de 1958, que todavía se movía sobre el terreno de la noción tradicional de reputación.³¹ En esta sentencia, el Supremo Colegio afirmó claramente que los errores debidos a comportamientos imprudentes en el control de las fuentes de información no justificaban al autor de la difamación, a efectos de la responsabilidad civil que, a diferencia de la penal, puede fundarse incluso solo sobre la culpa.

La cuestión también comprende naturalmente el aspecto de la resarcibilidad de los daños morales cuando la difamación no integra el delito por defecto del requisito subjetivo. En consecuencia, cuando los jueces afirman la relevancia de una difamación meramente culposa, a efectos de la responsabilidad civil, reconocen también el resarcimiento del daño moral.

Además de esto, la sentencia tuvo resonancia porque reconoció que también un condenado por delitos graves podía ser sujeto pasivo de la difamación y se configuraría también en esta hipótesis un daño injusto vinculado a informaciones falsas y a atribuciones de hechos no verdaderos.³²

Como se ha dicho, la sentencia que inicia esta evolución se movía aún sobre el terreno del honor en sentido penal, que es definido por una sentencia inmediatamente posterior en el modo siguiente:

La reputación moral del individuo expresa un juicio positivo de valor, que se concreta y se identifica en la aceptada conformidad de la conducta habitual del individuo a los preceptos del *honeste vivere* y del *honeste agere*, que son válidos en un determinado ambiente y en una determinada época; por lo tanto, esta es comprometida y por consiguiente ofendida cuando se le atribuya al individuo manifestaciones de relevante disconformidad de los preceptos comunes de la ética general del tiempo.³³

³¹ Puede verse Corte Suprema de Casación, Civil, Sección VI, *Sentencia núm. 1563, del 13 de mayo de 1958*.

³² El caso estaba referido al superintendente Caruso, que había sido condenado por delitos fascistas, cuya reputación había sido, según los familiares, comprometida posteriormente por la atribución de un video de hechos falsos, como la atribución del comando del pelotón de fusilamiento de los miembros del gran consejo condenados a muerte en el proceso de Verona y la compilación de la lista completa de los mártires de las fosas ardeatinas.

En tiempos más recientes, también se ha considerado que la persona que ejerce una actividad infame (en el caso específico, prostitución) tiene derecho a tutelar la propia imagen y reputación. Puede verse Italia, Tribunal de Roma, Civil, Sesión I, *Sentencia núm. 1178929, del 29 de noviembre de 1993*.

³³ Puede verse Italia, Corte Suprema de Casación, Civil, *Sentencia núm. 281, del 29 de febrero de 1960*.

Luego, tanto la jurisprudencia de la casación civil como la de mérito, además de consolidar la tendencia dirigida a reconocer un ilícito civil en la difamación meramente culposa,³⁴ amplían la noción de reputación para extender la tutela aquiliana a la lesión de intereses de naturaleza distinta del honor en sentido moral individualista, como el interés a defender el propio prestigio o estilo de hombre político, el propio crédito o buen nombre comercial, la reputación profesional, etc.

En definitiva, se otorga tutela en defensa del honor y de la reputación, entendidos ya no solo desde una perspectiva individualista, sino desde el contexto de las relaciones sociales y políticas.

A menudo, los jueces hablan de lesión de una situación subjetiva consistente en un derecho a la identidad personal, basados en la doctrina sobre el argumento, pero a mi juicio, es evidente que la nueva dimensión del interés tutelado es simplemente el resultado de una elaboración del concepto de reputación.

Con ello se quiere decir que, más allá de las afirmaciones de los jueces sobre un pretendido derecho a la identidad personal, con el recurso a este nuevo instrumento conceptual, en realidad se oculta una actividad creadora de la jurisprudencia dirigida a acoger un concepto más moderno de reputación, en una acepción sociopolítica del término.

Solo teniendo clara esta evolución, sin recurrir a nuevas figuras de derecho subjetivo, se perciben la realidad de los problemas y la construcción de una difamación desvinculada de la previsión penal, de manera que se llega al resarcimiento de los daños morales que son consecuencia de un ilícito meramente civil, de conformidad con una lenta y progresiva actividad creadora de reglas por parte de los jueces, dirigida a extender la tutela a intereses nuevos.

Un reconocimiento de los casos más emblemáticos puede servir para ilustrar este asunto.

³⁴ Puede verse Italia, Corte de Casación, Civil, Sección I, *Sentencia núm. 5259, del 18 de octubre de 1984*. Por otro lado, a menudo, cuando los jueces valoran el elemento subjetivo y, por lo tanto, el comportamiento del autor de la difamación, del carácter incompleto y tendiente de la información deducen la conciencia y la intención de lesionar la reputación. De modo que la intención de denigrar, si se mueve sobre el terreno de las valoraciones discrecionales de los jueces, a menudo es considerada *in re ipsa*.

Puede verse Italia, Corte de Casación, Civil, Sección I, *Sentencia núm. 1138, del 14 de febrero de 1984*.

Dicha tendencia a considerar responsable de la ofensa al honor también al sujeto que ha cometido la difamación por mera imprudencia y negligencia resulta ulteriormente reforzada por la dirección correspondiente que, sobre la base del Artículo 2049 del Código Civil, extiende a los empleadores la responsabilidad por daños, incluso morales, por difamación.

Se comienza con una ordenanza de la Pretura de Turín, de 1979, con la cual se reconoce tutela en vía cautelar, de acuerdo con el Artículo 700 del Código de Procedimiento Penal, al honor de Pannella, que había lamentado una ofensa a su coherencia de hombre político y, por lo tanto, a su “credibilidad política”, por parte de la Federación turinesa del PCI, que había distribuido un volante electoral con noticias falsas sobre una supuesta militancia suya en el movimiento encabezado por Randolpho Pacciardi, denominado “Nueva República”.

La resolución está aferrada a una noción de prestigio y de estilo político, porque concede tutela a Pannella frente a una atribución de militancia política en un movimiento muy poco cercano al del Partido Radical con el cual Pannella se identificaba. La sentencia habla de un derecho a la identidad personal, pero en realidad se mueve sobre un terreno de la reputación política, en sentido lato, al conceder tutela a un interés nuevo; en el pasado, los hombres políticos recibían tutela de los jueces solo frente a acusaciones infundadas de corrupción o de malversación y, por lo tanto, sobre el terreno del honor en el sentido penal del término.

Al pasar de la reputación política a la reputación económica de empresarios individuales o sociedades comerciales, también se puede observar una tendencia que, aunque utiliza la categoría conceptual del derecho al honor, dilata su significado hasta comprender el del buen nombre comercial o el crédito particular al que el empresario aspira para poder celebrar negocios.

Emblemática de dicho filón jurisprudencial innovador es la sentencia de la Casación italiana de 1978, que ha afirmado la responsabilidad civil por difamación culposa de quien difunde noticias inexactas sobre la solvencia de un comerciante y provoca su descrédito.³⁵

La sentencia se caracteriza por la clara toma de posición a favor de la admisibilidad de la responsabilidad por culpa en la difusión de informaciones falsas sobre la reputación comercial de un empresario y, por lo tanto, también porque indica un vuelco en cuanto a la tendencia concerniente al ilícito consistente en las informaciones falsas —de las que ya habíamos hablado— que siempre ha sido caracterizado por el dolo y, por ser un ilícito doloso y no culposo.

³⁵ Puede verse Italia, Corte Suprema de Casación, Civil, Sección I, *Sentencia núm. 4538, del 11 de octubre de 1978*.

En el caso en específico, un empresario textil sufrió la destrucción de su establecimiento a causa de un incendio y había comenzado su reconstrucción, pero se encontraba ante la dificultad de no poder adquirir préstamos bancarios a causa de informaciones falsas brindadas por una agencia, por ejemplo, de no tener liquidez y de haber enfrentado protestos bancarios.

Más adelante provocó mucho clamor sobre la imprenta la conocida sentencia del “Decálogo de los periodistas”, en la cual una sociedad de gestión de fondos comunes de inversión inmobiliaria lamentaba una difamación a la propia reputación económica, debido a noticias tendenciosas y no controladas frente a vicisitudes de la sociedad misma.³⁶

En el caso particular, la alarma significativa causada por la campaña difamatoria en los clientes y suscriptores de fondos comunes en cuestión que, entre otras cosas, provenía de un diario económico, según los jueces justificaba el recurso a la presunción, de la existencia de un daño consistente en la reducción del desarrollo de negocios con base en el *id quod plerumque accidit*.

Además, se ha considerado que asume carácter manifiestamente lesivo de la reputación de un empresario la atribución a este de un crac, término que, en el campo económico, define el estado de colapso e inestabilidad.³⁷

Para finalizar, se indican las sentencias que han brindado tutela a exponentes de la clase forense. En un caso, un abogado lamentaba el descrédito que se le había causado por la divulgación de noticias de liquidaciones tributarias no definitivas en un artículo de periódico con el título “La lista negra del fisco”, que lo ubicaba entre los evasores tributarios. Una sentencia de la casación penal reconoció que la divulgación de la noticia de una persecución fiscal al abogado constituía una lesión a su buen nombre y, por lo tanto, podía ser fuente de responsabilidad civil, tomando la ocasión para diferenciar entre ilícito penal e ilícito civil de difamación.³⁸

En otro caso se ha otorgado tutela al decoro profesional de un abogado que lamentaba haber sido descrito en una entrevista televisiva, aunque con su

³⁶ Puede verse Casación núm. 5259, del 18 de octubre de 1984, en Giovanna Visintini, *I fatti illeciti. I. Ingiustizia del danno* (Padua: Cedam, 1987), 277.

³⁷ Puede verse Italia, Tribunal de Roma, *Sentencia del 6 de marzo de 1990*.

³⁸ Puede verse Italia, Corte Suprema de Casación, Penal, *Sentencia del 27 de julio de 1980, reportada en Visintini, I fatti illeciti*, 268 y ss.

consentimiento, en el contexto de una crítica al instituto del patrocinio gratuito. Los jueces consideraron que había sido lesionada la reputación de la clase forense en la persona del abogado que, en la entrevista, tenía el rol de defensor de oficio.³⁹

Consideraciones análogas concernientes al prestigio profesional y a la posición social se encuentran en una casuística en la cual la demanda de tutela por difamación proviene de magistrados. En algunas de estas sentencias, la violación del derecho al honor del magistrado, en la especificación de la reputación profesional, es reconducida a una lesión de la identidad personal por sus reflejos en el ambiente de trabajo.⁴⁰

Para este propósito se confirma, a mi juicio, que el recurso a un instrumento conceptual de un derecho a la identidad personal, para otorgar tutela a la reputación profesional, es superfluo y fuente de equívocos.

En efecto, una cosa es hablar del derecho a la identidad personal como categoría conceptual superpuesta al derecho al nombre y a la imagen, que serían sus subgéneros, en el cuadro de una técnica interpretativa analógica y otra cosa es usar esta etiqueta para describir una evolución jurisprudencial sobre el concepto de honor, reputación y dignidad personal, nociones que siempre han existido y que, en el lenguaje y en la sensibilidad de los jueces de hoy, se han ampliado hasta comprender lesiones al prestigio de individuos políticos, de profesionales, de operadores económicos y hasta de partidos.

En este cuadro, la cualificación de “picapleitos”, referida a un magistrado, se ha considerado que constituye una expresión de manifiesto desprecio hacia las formalidades del proceso y, por lo tanto, lesiva de la reputación.⁴¹

Se debe decir que, respecto a la lesión de la reputación de los magistrados, ocurre a menudo que los jueces condenan al resarcimiento del daño al periodista y al editor del diario con base en la culpa y por no haber ejercido un control eficaz sobre las fuentes de información. Se trata de una tendencia que, también en este aspecto, amplía la esfera de tutela frente a lesiones de la reputación profesional.⁴²

³⁹ Puede verse Italia, Corte Suprema de Casación, Civil, *Sentencia núm. 1557, del 5 de abril de 1979*.

⁴⁰ Puede verse Italia, Tribunal de Roma, *Sentencia núm. 5629, del 19 de junio de 1985*.

⁴¹ Puede verse Italia, Tribunal de Roma, *Sentencia núm. 1910, del 31 de octubre de 1991*. Por otra parte, en el caso en específico, dicha calificación había sido unida a la acusación indirecta de “favorecimiento imprudente de la mafia”.

⁴² Puede verse Italia, Tribunal de Roma, *Sentencia núm. 295, del 19 de junio de 1986*.

La noción del daño, ya reseñada, fue desarrollada en la Sentencia de Casación núm. 3769 del 22 de junio de 1985, en el caso Veronesi, la cual identifica el fundamento de los derechos de la persona consagrados en la Constitución italiana (prescindiendo de la circunstancia cuando estos derechos se encuentren tutelados y previstos en normas especiales del ordenamiento jurídico). En este sentido, una parte de la doctrina —en contravía de la opinión de algunos constitucionalistas— sustenta que el citado Artículo 2 de la Constitución es una fuente normativa de carácter general, que permite interpretar el reconocimiento de nuevos derechos de la personalidad en armonía con las exigencias de una sociedad moderna, idea tradicionalmente consolidada en la jurisprudencia de la Suprema Corte. Así lo demuestra también la siguiente sentencia, que identifica en el Artículo 2 de la Constitución el fundamento del derecho a la reputación personal, entendido en un sentido más amplio que el derecho al honor de tipo penal, según la cual:

En materia de derechos de la personalidad humana, existe un verdadero y propio derecho subjetivo perfecto a la reputación personal, incluso más allá de las hipótesis expresamente previstas por la ley ordinaria, que es encuadrado en el sistema de tutela constitucional de la persona humana; encontrando su fundamento normativo en la Constitución, en particular en el artículo 2 (además en el art. 3, que hace referencia a la dignidad social) y en el reconocimiento de los derechos inviolables de la persona. El artículo 2 de la Constitución, al afirmar la relevancia constitucional de la persona humana en todos sus aspectos, implica que el intérprete, en la búsqueda de los espacios de tutela de la persona, esté legitimado a construir todas las posiciones subjetivas idóneas para dar garantía, sobre el terreno del ordenamiento positivo, a toda proyección de la persona en la realidad social, dentro de los límites en los que se establezca, como consecuencia, en las formaciones sociales en las que se manifiesta su personalidad. La expresa referencia a la persona como particular representa ciertamente un fundamento normativo válido para dar consistencia jurídica a la reputación del sujeto, en correlación también con el objetivo primario de tutela del “desarrollo pleno de la persona humana”, contenido en el sucesivo artículo 3, párrafo 1 de la Constitución. En efecto, en el ámbito de los derechos de la personalidad humana con fundamento constitucional, el derecho a la imagen, al nombre, al honor, a la reputación, a la privacidad, no son más que aspectos particulares de la relevancia constitucional que la persona, en su unidad, ha adquirido en el sistema de la Constitución. Se trata, por lo tanto, de derechos homogéneos, siendo el único bien protegido.⁴³

⁴³ Puede verse Casación núm. 6507, del 10 de mayo de 2001, en Guido Alpa, *Nuova giurisprudenza civile commentata* (Padua: Cedam, 2002), 529, con nota de Zaccaria; reportada también en Giovanna Visintini, *Trattato breve della responsabilità civile*, 3a ed. (Padua: Cedam, 2005), 359.

En la motivación, la sentencia se adhiere a una serie de precedentes sobre otros puntos, además del de la cualificación en términos de cláusula general del Artículo 2 de la Constitución. Ejemplifica sobre el punto que, una vez probado el daño injusto consistente en la lesión de la reputación profesional, el daño patrimonial no puede ser considerado *in re ipsa*, a diferencia del daño no patrimonial resultado de una difamación relevante penalmente, y que la difamación relevante, a efectos del Artículo 2043, puede ser meramente culposa. El comentario a dicha decisión no puede dejar de considerar la desproporción de tantos enunciados respecto al caso decidido, donde había sido probado, en el proceso, que el comportamiento de un condómino frente a su administrador era calificable como antijurídico, porque integraba una denuncia infundada, pero no se había probado que de dicho comportamiento hubiera resultado un perjuicio de orden patrimonial y La casación confirma la sentencia en apelación.

Por otra parte, no hay dudas de que, por medio de estos *obiter dicta* maximizados en todas las revistas que han publicado la sentencia, se mantiene una tendencia y se la consolida.

Como se ha señalado, la interpretación a partir de los valores expresados en la Constitución sobre la persona humana, incluso a la luz de la nueva carta de los derechos del ser humano, que es inminente, sirve para acreditar el mérito del interés, a efectos de la valoración de la injusticia del daño a desarrollarse en el ámbito de aplicación del Artículo 2043 del Código Civil italiano; sin embargo, no hay necesidad de leer en la Constitución cosas que no existen y resucitar teorías monistas de los derechos de la personalidad, donde el esfuerzo es dirigido a una tipificación jurisprudencial de los intereses de la persona humana que no son homogéneos entre ellos. Por otra parte, al leer las sentencias en materia de lesiones de los derechos de la personalidad, a la luz de las operaciones que desarrollan y no tanto en relación con los instrumentos conceptuales de los que se sirven, encontramos siempre que las decisiones se fundan en una interpretación analógica de normas codicísticas o identificables en otras leyes del Estado. Así ha sucedido para el caso Veronese, donde dicha técnica interpretativa ha comportado la aplicación extensiva de la normativa sobre el derecho al nombre, contemplado en el Artículo 7 del Código Civil italiano.⁴⁴

⁴⁴ Puede verse la reflexión sobre las lecturas, por así decir, abiertas del Artículo 2 constitucional en Sabrina Morelli, *Tecniche di tutela dei diritti fondamentali della persona* (Padua: Cedam, 2003), 9.

Un dato cierto es que la reputación personal, como bien ha sido defendido con el recurso a la tutela aquiliana, ha crecido en la consideración de los jueces y se ha ampliado hasta comprender nuevas acepciones y, sobre todo en la acepción profesional y económica, encuentra mayor tutela que en el pasado. Se trataría de una tutela civil, en tanto son los mismos interesados quienes se dirigen a los jueces civiles, en lugar de promover la querrela por el delito de difamación. En este punto de la evolución jurisprudencial, se evidencia también el recurso al resarcimiento del daño patrimonial, demostrable más fácilmente cuando es lesionado el crédito comercial de un empresario y la buena fama de un profesional.

Consideraciones conclusivas

Es evidente que la evolución jurisprudencial en el campo de la violación de los derechos de la personalidad ha dejado huella incluso en el Código de la Privacidad, en el que, al lado de los derechos a la privacidad y a la protección de los datos personales, se menciona también la dignidad de la persona, pero no es necesario superponer sectores de tutela diferentes y no homogéneos, como el dirigido a tutelar la personalidad de los ciudadanos y el interés específico a no ver distorsionados los datos personales con la tutela contra los ilícitos lesivos de la reputación que hasta ahora se confía a las reglas sobre la responsabilidad extracontractual.

En la normativa sobre tratamiento de datos personales, la noción de “identidad personal” ha servido para comprender los datos personales en el campo de la protección, toda vez que hacen posible la identificación de la persona; tal es el caso del nombre, de la imagen, del domicilio, sin recurrirse a la reputación y a la privacidad, intereses que se contemplan de manera autónoma.

En el derecho italiano, el derecho a la identidad personal se suma al derecho al nombre y al derecho a la imagen para distinguir a la persona.

El desarrollo de la tecnología, traducido en computadoras y programas aplicativos, facilita hoy agregar y desagregar datos personales, conductas con las cuales se vulnera la privacidad de los individuos de manera masiva y con alcances mayores en relación con el pasado y, al mismo tiempo, dan lugar a equívocos en la difusión de información, sea distorsionándola y lesionando el interés del sujeto a ser conocido de acuerdo con lo que es: su identidad.